

Legitimación para exigir la reparación del daño causado por delitos contra la administración pública en el ordenamiento jurídico colombiano

Margie Estephany Mojica*

Juan Francisco Mendoza**

Resumen

De acuerdo con lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Colombia tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar que los perjudicados por actos de corrupción puedan ser indemnizados. Sin embargo, no es claro si los particulares y/o colectivos se encuentran legitimados procesalmente para exigir dicha reparación en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta que, pese a que la corrupción es un fenómeno que puede generar daños individuales, sociales y colectivos, en la práctica se suele reconocer al Estado y a sus instituciones como los únicos afectados. En consecuencia, se abordará dicho problema a partir del análisis de la titularidad del bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública y de las normas que regulan el acceso a la reparación de daños causados por actos de corrupción.

Palabras clave: delito contra la administración pública, actos de corrupción, bien jurídico colectivo, legitimación, reparación, daño.

Abstract

In accordance with the provisions of the United Nations Convention against Corruption (UNCAC), Colombia must adopt all necessary measures to ensure the reparation of those who have suffered damage because of an act of corruption. However, it is unclear whether private individuals or groups have procedural standing to enforce that right under Colombian law. This uncertainty arises from the fact that while corruption leads to individual, collective and social damages, the State and its institutions are often recognized as the sole injured parties. Thus, the following discussion addresses this issue concerning offences against public administration. It is based on an analysis of the nature of the legal interest protected by crimes against public administration and the current Colombian regulations in force related to the enforcement of the right to reparation for individuals or entities who have suffered damages as a result of corrupt acts.

Keywords: Offences against the public administration, corrupt acts, collective legal right, legal standing, reparation, damage.

* <https://orcid.org/0009-0004-9415-6774> Abogada Especialista y Magíster en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás. maesmoa@hotmail.com

** <https://orcid.org/0000-0002-2741-6976> Profesor de la Universidad Santo Tomás. Abogado y especialista en derecho penal de la Universidad Santo Tomás y doctorando de la Universidad de Buenos Aires. juanframendoza@gmail.com

Introducción

La corrupción es un fenómeno que afecta seriamente a los individuos y a la sociedad en general, en la medida en que distorsiona el mercado, socava la legitimidad de las instituciones e impacta negativamente sobre los derechos humanos y el desarrollo de la sociedad, entre otros efectos adversos.

Sin embargo, aunque su afectación a la colectividad es un hecho cierto, no siempre resulta clara la dimensión del daño sufrido por esta, ni tampoco la determinación de quiénes se encuentran legitimados para exigir su reparación ante las autoridades administrativas y/o judiciales competentes.

En lo referente a la reparación de los daños causados por actos de corrupción, en el ordenamiento jurídico colombiano parece existir una “monopolización” por parte del Estado y sus instituciones que desconoce o relega la participación de los particulares, tal como acontece en el ámbito contencioso-administrativo. Sin embargo, en el ámbito del derecho penal, esta apariencia se contrapone al reconocimiento que ha hecho el legislador de los perjudicados del delito.

En ese orden de ideas, este artículo busca contribuir a la resolución del problema sobre quiénes se encuentran legitimados en el ordenamiento jurídico colombiano para exigir la reparación de daños causados con ocasión de actos de corrupción asociados a la comisión de delitos contra la administración pública.

Metodología

Este artículo emplea una metodología cualitativa y descriptiva diseñada con el fin de determinar quiénes tienen la legitimidad para exigir reparación por daños causados por actos de corrupción relacionados con delitos contra la administración pública. Este análisis

se basa en la revisión y examen de información relacionada con el desarrollo doctrinal, jurisprudencial y normativo del bien jurídico de la administración pública y del derecho a la reparación en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para tal efecto, se llevó a cabo una búsqueda en diferentes bases de datos, fuentes de consulta abierta y bibliografía especializadas, con el propósito de caracterizar el bien jurídico de la administración pública en el ordenamiento jurídico colombiano, comprender el alcance del derecho a la reparación y, de esa manera, establecer quiénes se entienden como legitimados para exigir tal derecho en el marco del proceso penal a partir de la noción de titularidad del bien jurídico.

La corrupción y los delitos contra la administración pública

En la actualidad no hay consenso con respecto a la definición del término corrupción. Sin embargo, algunas de las acepciones más aceptadas a nivel académico son la de Transparencia Internacional (2022): “la corrupción es el abuso del poder para beneficio propio”, y la del Banco Mundial (2020): “la corrupción es el abuso de una función pública para obtener beneficios privados y excluyentes”.

En Colombia, el documento CONPES 167 de 2013 adoptó la definición de corrupción desarrollada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), conforme a la cual la corrupción es “el uso del poder para desviar la gestión de lo público en beneficio privado” (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013, p. 12). En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que la corrupción genera una afectación al funcionamiento del Estado y, en particular, a los principios que lo rigen (Corte Constitucional, 2012).

A pesar de lo anterior, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, no se ha establecido una definición explícita del término “corrupción”. En lugar de enfocarse en una definición general del término, se ha priorizado la identificación de los actos o conductas que pueden considerarse como tales (Corte Constitucional, 2013). No obstante, recientemente, el legislador pareció poner fin a esta discusión al promulgar la Ley 2195 de 2022, la cual, en su artículo 59, proporciona una definición de los “actos de corrupción”. En términos precisos, esta norma establece que este término se refiere a las conductas punibles contempladas en los títulos X, XI, XIV y XV de la Ley 599 de 2000, entre otros.

Así pues, la corrupción y los delitos contra la administración pública se encuentran en una relación género-especie en la que a los delitos contra la administración pública les serían atribuibles las características esenciales del género atendiendo al alcance de su definición. Al respecto, si bien no existe consenso sobre la definición del término corrupción, con base en las definiciones aceptadas mayoritariamente, es posible identificar la alusión a los siguientes elementos esenciales: (i) la existencia de un abuso del poder, (ii) la desviación de la gestión o de la función pública, y (iii) el beneficio privado obtenido por quien incurre en el abuso, bien sea en provecho propio o de un tercero.

En lo que respecta a los delitos contra la administración pública según la legislación penal colombiana, la mayoría de estos ilícitos involucran, al menos, dos de los elementos enunciados: el abuso del poder y la desviación de la gestión pública. En lo referente al primer elemento, dado que, en los delitos contra la administración pública, por lo general, el sujeto activo calificado es el servidor público, el abuso del poder podría entenderse como la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6° de la Constitución Política. En lo relativo

al segundo elemento, bajo la concepción amplia de función pública adoptada por la Corte Constitucional, se entiende como tal a las actividades desplegadas por los diferentes órganos públicos en aras de alcanzar los fines del Estado (Corte Constitucional, 1998a). En un sentido natural del lenguaje, su desviación implica la separación de esos objetivos o de las actividades definidas en el ordenamiento jurídico vigente para alcanzarlos.

En ese sentido, a partir de una definición basada en el entendimiento de los delitos contra la administración pública como actos de corrupción, con ellos se alude a aquellas conductas típicas, antijurídicas y culpables en las que un servidor público incurre en una omisión o extralimitación de sus funciones al desviarse de la función pública, bien sea porque se aparta u omite ejecutar las actividades establecidas para la consecución de los fines del Estado, o bien, porque se aleja de los fines perseguidos propiamente dichos, tal como acontece en los supuestos en los que estos son sustituidos por fines privados.

Ahora bien, desde una perspectiva netamente jurídico-penal, los delitos contra la administración pública se definen a partir del bien jurídico protegido, en la medida en que éste constituye su objeto de protección. De ese modo, una correcta comprensión de los delitos contra la administración pública, implica necesariamente la delimitación de la naturaleza y alcance del bien jurídico de la Administración Pública, tal como se explica a continuación.

Bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública en el ordenamiento jurídico colombiano

La Corte Constitucional se ha referido al bien jurídico tutelado en tres sentidos: (i) como criterio de clasificación sistemática de los delitos empleado por el legislador (Corte Constitucional, 1997), (ii) como un principio limitativo de la



libertad de configuración del legislador en materia penal (Corte Constitucional, 2012a), y como (iii) intereses que el legislador concibe dignos de tutela jurídica y que resultan lesionados con ocasión de la conducta punible (Corte Constitucional, 1997).

Para un entendimiento adecuado de este documento, se entiende a los bienes jurídicos en el tercer sentido, esto es, como los intereses que el legislador concibe dignos de tutela jurídica y que resultan lesionados con ocasión de la conducta punible.

En relación con cuáles son dichos bienes, la Corte Constitucional ha manifestado en diversos pronunciamientos que el único concepto de bien jurídico vinculante en el ordenamiento jurídico se desprende de los postulados constitucionales que fundamentan el Estado Social de Derecho, en el que estos actúan como un límite al poder punitivo del Estado (Corte Constitucional, 2003).

Así pues, en Colombia sólo es admisible una concepción del bien jurídico tutelado derivada de los principios y postulados de un Estado

Social de Derecho, cuyos límites corresponden a aquellos previstos en los artículos 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia.

De manera concreta, al referirse al bien jurídico de la Administración Pública, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) ha indicado que se trata de un interés funcional o institucional que protege los medios que facilitan el relacionamiento entre los individuos y permiten garantizar la efectividad de los derechos de las personas (Sentencia 13922 de 29 de mayo de 1999. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, 1999).

A nivel doctrinal, el autor Rafael Chanjan (2017, p. 147), sostiene que la administración pública es un bien jurídico colectivo-institucional, cuyo objeto de protección es el correcto funcionamiento de la administración pública en orden a garantizar la resolución de los conflictos y la efectividad de los derechos de las personas.

Si bien la Administración Pública es entendida como un bien jurídico institucional, esta

concepción debe entenderse a la luz del Estado Social de Derecho, de tal forma que lo que se protege no es la institución en sí, sino su correcto funcionamiento de acuerdo con los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991. De lo contrario, se incurriría en el error de afirmar que lo que se protege es la permanencia de la institución, sin importar cuáles son los fines que orientan sus actividades, incluso aunque ello representara un abandono del reconocimiento del ser humano y de sus derechos.

De ese modo, en el ordenamiento jurídico colombiano, el objeto de protección de la administración pública, como bien jurídico tutelado, corresponde al correcto ejercicio de la función pública, entendida como el conjunto de actividades que el Estado desarrolla para la consecución de los fines previstos en el artículo 2 de la Constitución Política, incluida la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Una concepción material de los bienes jurídicos institucionales va en contravía de propuestas en las que se considere que su objeto de protección corresponde o está mediatizado por personas jurídicas de derecho público, por cuanto esto reafirmaría la idea de que el objeto de protección es el medio –instituciones y actividades estatales–, sin considerar los fines del Estado Social de Derecho, cuyo fundamento es la persona y la efectividad de sus derechos.

Adicionalmente, desde dicha óptica, el titular de los bienes jurídicos institucionales y, por tanto, del bien jurídico de la administración pública, en su condición de tal, sería el Estado, lo que resultaría contradictorio a la luz de un Estado Social de Derecho, en el que sólo es admisible una concepción del bien jurídico fundada en los límites a la libertad del individuo derivada de su dignidad humana y en la que, si bien la administración pública tiene un carácter supraindividual, no se desliga de este fundamento esencial.

En ese orden de ideas, al ser un bien jurídico supraindividual, también se trata de un bien jurídico colectivo, por cuanto su titularidad recae sobre el grupo social al cumplir con los requisitos de inexclusividad e indivisibilidad (Hefendehl, 2001) y bajo el entendido de que el deber de protección del bien jurídico se deriva de la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos de cada uno de los individuos que integran dicha colectividad.

En lo relativo a la segunda condición enunciada, Echavarría sostiene que los bienes jurídicos colectivos son “de titularidad de los ciudadanos ya que no cabe pensar en conceptos superadores al individuo como sujetos pasivos, debiéndose rechazar cualquier bien jurídico que no constituya una tutela de la dignidad de la persona humana de la que derivan los derechos de los ciudadanos” (Echavarría, 2019, p. 40).

Ahora bien, aunque la concepción del bien jurídico en el ordenamiento jurídico colombiano es incompatible con la posibilidad de que el Estado sea el titular del bien jurídico de la administración pública, en la práctica las autoridades judiciales, incluidas la Fiscalía General de la Nación y la Corte Suprema de Justicia aceptan tal posibilidad (Fiscalía General de la Nación & Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2018, p. 11).

El reconocimiento del Estado como titular del bien jurídico a la administración pública genera serios cuestionamientos, debido a que, por un lado, pone en tela de juicio la concepción del bien jurídico que resultaría plausible en un Estado Social de Derecho y, de otro lado, genera interrogantes en torno a la legitimidad de los particulares para exigir la defensa de los intereses supraindividuales que pueden llegar a ser afectados con la comisión del delito, así como la reparación del daño causado cuando haya lugar a ello.

Alcance del derecho a la reparación en los delitos contra la administración pública

Los actos de corrupción, incluidos los delitos contra la administración pública, son conductas que generan una seria afectación a la sociedad y a los individuos. Por ese motivo, en el ordenamiento jurídico, la comisión de dichas conductas es sancionada por el derecho administrativo y por el derecho penal, según la naturaleza de quien incurre en la conducta. Sin embargo, independientemente del régimen sancionatorio aplicable, en ambos se utiliza como referente para la definición de la conducta objeto de sanción, la descripción típica efectuada por el legislador en la Ley 599 de 2000 (Código Penal).

Así pues, sin perjuicio de la independencia entre la acción penal y las acciones previstas en el ámbito del derecho administrativo, no siempre resulta sencillo realizar una distinción material entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, por lo menos desde un enfoque que explique al derecho cómo es y no cómo debería ser. En efecto, desde el punto de vista teórico, dicha diferenciación ha sido objeto de un amplio debate a lo largo del tiempo en el que se han establecido diversos criterios de evaluación, pero en el que autores como Cerezo Mir sostienen que no es posible identificar un criterio de diferenciación sustancial entre ambos tipos de ilícitos (Cerezo, 1975, p. 166).

En lo referente a dichos criterios, Cerezo sostiene que en la legislación alemana uno de los criterios empleados correspondía a “la importancia del daño causado, o por la diferencia del grado de desvalor de la acción” (Cerezo, 1975, p. 173).

No obstante, dicha diferenciación resultaría inaplicable para la sanción de los delitos contra la administración pública en el ordenamiento jurídico colombiano, como quiera que, al emplear la misma descripción jurídica para la definición del ilícito, el daño sería equivalente

en los dos ámbitos, por cuanto la conducta que lo originaría sería sustancialmente idéntica.

Reparación del daño en el ámbito contencioso-administrativo

En el ámbito contencioso-administrativo, la reparación de los daños ocasionados por la comisión de delitos contra la administración pública, entendidos como actos de corrupción, puede darse, en principio, a través de dos medios de control: (i) reparación directa y (ii) protección de los derechos e intereses colectivos.

En relación con la aplicabilidad de estos medios de control en aquellos eventos en los que se presenta un daño derivado de actos de corrupción, incluidos los delitos contra la administración pública, el Capítulo IX de la Ley 2195 de 2022 introdujo una serie de novedades respecto a su procedencia y alcance que deben ser considerados para su ejercicio.

En particular, un elemento a resaltar es que, cuando se trata de la reparación de daños ocasionados por actos de corrupción, los titulares de la acción de reparación directa son la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la entidad pública lesionada.

Por su parte, el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, cuya naturaleza es preventiva, puede ser interpuesto por cualquier persona natural o jurídica, pero no prevé mecanismos para que los particulares o los grupos determinados afectados por el delito puedan obtener, de manera directa, la reparación integral del daño que les haya sido ocasionado.

En lo referente al medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo—también denominada acción de grupo—, el legislador no estableció ninguna disposición, en el marco de la Ley 2195 de 2022, a partir de

la cual sea posible inferir su aplicabilidad para la reparación de daños derivados de actos de corrupción.

Por el contrario, a partir del contenido de la ley citada, lo más cercano al cumplimiento de la función de dicho medio de control, consiste en la posibilidad que tienen los afectados individuales o colectivos de solicitar a la Procuraduría General de la Nación (PGN) que los considere en los procesos de restablecimiento de los derechos y en la reparación integral pecuniaria y no pecuniaria. Sin embargo, la norma no regula con claridad la vinculatoriedad de tales solicitudes para la PGN, ni los criterios a ser tenidos en cuenta en su respectiva evaluación.

De ese modo, con base en lo expuesto, podría afirmarse que, en el ámbito contencioso-administrativo, el Estado es el único facultado para gozar directamente del derecho a la reparación pecuniaria y no pecuniaria de los daños derivados de la comisión de delitos contra la administración pública, sin que se garantice el mismo derecho para los particulares y para las colectividades que hayan sido afectados directamente por la conducta punible.

En efecto, los particulares, en condición de ‘afectados individuales o colectivos de los actos de corrupción’ tienen la condición de meros intervinientes en el trámite del medio de control de reparación directa y su acceso a la reparación está sometido a lo establecido por la PGN para tal fin. A eso se suma que el único medio de control directo establecido por el legislador a su favor para defender sus intereses tiene un carácter preventivo y no resarcitorio, y que el 100% de los dineros recaudados para la reparación del daño a través del Fondo de Reparación de Víctimas (FRV) son destinados de manera directa al Estado y a sus instituciones.

En lo atinente a la procedencia de la reparación por actos de corrupción en el ámbito contencioso-administrativo, un interrogante

que existe en la legislación consiste en determinar si para el ejercicio de los medios de control aplicables debe existir una sentencia penal condenatoria en contra de quienes puedan ser considerados autores y/o partícipes del delito o si, por el contrario, sería procedente de manera autónoma bajo la aplicación de criterios similares a los que, a modo de ejemplo, se han utilizado para defender la autonomía del delito de lavado de activos respecto de sus delitos fuente.

Afirmar que dicha independencia se derivaría de una diferencia material entre el ámbito de reparación del derecho administrativo y el del derecho penal, resultaría un argumento relativamente débil. Esto se debe a que el acto de corrupción es definido expresamente por medio de la remisión a la ley penal, de tal forma que la conducta que debe ser probada en los procesos contencioso-administrativos es, en últimas, la conducta punible definida por el legislador.

Adicionalmente, la exigencia de dicho requisito previo no resultaría del todo descabellada, como quiera que, para el caso de la sanción administrativa por actos de corrupción de las personas jurídicas, se requiere la existencia de una sentencia penal condenatoria ejecutoriada o un principio de oportunidad en firme, contra alguno de sus administradores o funcionarios. No obstante, la respuesta a esta cuestión va más allá del alcance de este artículo.

Reparación del daño en el ámbito del derecho penal

En concordancia con el artículo 2341 del Código Civil¹, el artículo 95 de la Ley 599 de 2000 dispone que “la conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella” y establece que son titulares de la acción civil las personas naturales, o sus sucesores y las jurídicas perjudicadas directamente por la conducta punible.

Asimismo, la norma citada establece la figura del denominado “actor popular”, quien “tendrá la titularidad de la acción civil cuando se trate de lesión directa de bienes jurídicos colectivos”. Por consiguiente, tratándose de los delitos en los que el bien jurídico protegido es de naturaleza colectiva, tal como acontece en los delitos contra la administración pública, el actor civil popular se encontraría legitimado para exigir la reparación del daño causado.

Sin embargo, la determinación de la titularidad de la acción popular y, particularmente, su alcance en el marco del actual procedimiento penal no es clara debido (i) al poco desarrollo que ha tenido la figura desde su surgimiento al abrigo del paradigma jurídico-penal de la Constitución Política de 1991, (ii) su olvido en el marco del procedimiento penal regulado en la Ley 906 de 2004 y (iii) el papel preponderante que el Estado ha asumido en la solicitud de la reparación de los daños causados por actos de corrupción.

Desarrollo de la figura del actor civil popular

La figura del actor civil popular fue consagrada por primera vez en el Decreto 2700 de 1991, cuyo artículo 43 disponía expresamente que, tanto el actor civil individual, como el actor popular, eran titulares de la acción civil derivada de la conducta punible, pero dejaba abierta la pregunta en torno a quién podía ostentar tal condición.

En la Corte Constitucional se empezó a desarrollar la figura. Aunque inicialmente se pensaba que cualquier persona podía intervenir en el proceso penal como actor popular, la Corte limitó su alcance tratándose de los delitos contra la administración pública. Esto se debió a su determinación de que en tales casos, ninguna otra persona distinta a la persona de derecho pública afectada podía arrogarse el derecho a perseguir la reparación del daño generado por la conducta punible tanto a ella como a la

comunidad, la cual se encontraba representada por el Ministerio Público (Corte Constitucional, 1998b).

En relación con la posición mayoritaria asumida por la Corte Constitucional (Corte Constitucional, 1998b), el Magistrado Carlos Gaviria Díaz, mediante salvamento de voto manifestó que, desde su perspectiva, la postura asumida por la Corporación carecía de sustento constitucional y legal, debido a que la figura del actor civil popular debía interpretarse a la luz de los principios democráticos y el carácter participativo de la Constitución Política de 1991. Por tanto, consideraba inadmisibles que la intervención de la persona jurídica de derecho pública perjudicada impidiera la participación del actor popular.

A su juicio, la postura asumida por la Corte también rayaba con una interpretación teleológica de la legislación penal, como quiera que, en relación con el alcance de la figura del actor civil popular, en la discusión legislativa se indicó que su establecimiento resultaba lógico bajo una concepción en la que se busca que el ciudadano sea un agente que contribuya activamente a la persecución penal en aquellos eventos en los que se genera un daño colectivo en correspondencia con lo dispuesto en los artículos 318 y 95 de la Constitución Política de 1991.

Sin embargo, la posición asumida por la Corte Constitucional varió con posterioridad a la expedición de la Ley 600 de 2000, cuyo Título I regulaba lo referente a la participación tanto del actor civil individual como del actor civil popular. En aquel momento, el Código de Procedimiento Penal disponía que solo un ciudadano podía actuar como actor civil popular y que se reconocería a quien se constituyera primero como tal.

Así pues, la Corte Constitucional manifestó que, tratándose de bienes jurídicos colectivos,

cualquier persona podía intervenir como actor civil popular, siempre que justificara la existencia de un compromiso genuino con el esclarecimiento de los hechos investigados y con la promoción y protección de dichos valores (Corte Constitucional, 2005).

En vigencia de la Ley 600 de 2000, el actor popular tenía derecho a recibir parte de la indemnización solicitada como consecuencia de la lesión ocasionada al bien jurídico colectivo, la cual era distribuida del mismo modo que las acciones de grupo².

No obstante, desde la óptica del alto tribunal constitucional, el alcance del derecho a la reparación del actor civil popular no siempre fue pacífico, puesto que existían dos posturas opuestas: una que defendía su intervención únicamente para la obtención de una reparación patrimonial y otra que reconocía la importancia de la intervención del actor popular con la finalidad de satisfacer derechos de contenido no patrimonial en concordancia con el concepto de reparación integral.

Al respecto, en pronunciamientos recientes correspondientes a procesos penales regidos por la Ley 600 de 2000 en los que se juzgaba la comisión de delitos contra el medio ambiente o delitos asociados con violaciones de derechos humanos, es posible evidenciar el reconocimiento de perjuicios materiales y morales a favor del actor civil popular (Corte Suprema de Justicia, 2014), además de que se reconocía a aquél el derecho a solicitar la práctica de pruebas.

En lo referente a la naturaleza jurídica del actor popular, la doctrina tampoco ofrece una aproximación clara. En algunos de los primeros abordajes teóricos que se hicieron de la figura, se equipaba al actor popular al que hace referencia el artículo 95 del Código Penal con el actor popular constitucional. No obstante, es pertinente anotar que la Corte Constitucional

explicó que se trata de dos acciones claramente diferenciadas (Corte Constitucional, 2003).

Ahora bien, en el año 2004 fue expedido el actual Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en el cual no se incluyó ninguna disposición relativa al actor civil popular y, en su lugar, se desarrolló el concepto de víctima. Este hecho generó un vacío legal en lo atinente al actor popular, puesto que la figura se encuentra contemplada en el artículo 95 de la Ley 599 de 2000, sin que hasta la fecha haya sido regulada o se haya determinado expresamente si se encuentra subsumida en el concepto de víctima.

Respecto a la posibilidad de que la figura del actor civil popular haya sido derogada por medio de la Ley 906 de 2004, es necesario considerar que la derogatoria tácita se produce cuando, a partir del contenido y alcance de una norma nueva, es imposible que coexista o sea aplicada al mismo tiempo, una norma anterior (López, 2008, p. 57).

En consecuencia, para afirmar que la figura del actor civil popular fue derogada tácitamente, resultaría necesario demostrar que dicha figura es incompatible con las disposiciones previstas en la Ley 906 de 2004 y, particularmente, con el concepto de víctima. Por el contrario, si ambas disposiciones son compatibles bajo una interpretación razonable, las dos deben considerarse vigentes.

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede desconocer que el actor civil popular corresponde a una figura regulada en el derecho sustancial, cuya creación se produjo, incluso, con anterioridad a la expedición de la Ley 600 de 2000 y que, tal como lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia, la constitución de parte civil representa un mecanismo para el reconocimiento de los afectados por el delito en el marco del proceso penal, pero no se puede confundir con el concepto de víctima vigente en la Ley 906 de 2000 (Corte Suprema de Justicia, 2015).

Lo anterior deriva en que, más allá de su denominación como ‘actor civil’, la vigencia del contenido y alcance de la norma no se predica de su aplicabilidad en un modelo procesal determinado, sino de la respuesta a la pregunta sobre si el titular de la acción civil popular puede ser considerado una víctima.

Alcance de la figura del actor civil popular en el proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004

La determinación de si es posible incluir la figura del actor popular dentro del concepto de víctima adoptado en la Ley 906 de 2004 implica conocer el contenido que el legislador y los jueces han dado a dicho concepto, con el fin de identificar si existe una correspondencia entre sus elementos esenciales o si, por el contrario, la figura del actor popular es incompatible con actual Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

Por ese motivo, a continuación, se explicará el concepto de víctima, el alcance de la intervención del Estado y, finalmente, el modo en el que debería entenderse la figura del actor popular en el proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004.

Concepto de víctima en la Ley 906 de 2004

En el ordenamiento jurídico colombiano, el deber de reparación del daño ocasionado con el delito, en el marco del proceso penal, se desprende del artículo 250 de la Constitución Política de 1991, cuyo numeral 6 establece que la Fiscalía General de la Nación deberá disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados por el delito.

En la Sentencia C-516/07, la Corte Constitucional precisó que la expresión “afectados del delito” incluye tanto a las víctimas como a los perjudicados que hubiesen sufrido un daño cierto como consecuencia del delito, es decir, distin-

guió dos categorías de sujetos con el derecho a ser reparados.

Respecto de tal distinción, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que los conceptos de víctima y perjudicado tienen una connotación similar, razón por la que la Ley 906 de 2004 los englobó en el término genérico de “víctimas”, cuya definición fue establecida expresamente por el legislador en el artículo 132 al aludir a ellas como “las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto”.

Sin embargo, si bien en la Ley 906 de 2004 el concepto de víctimas engloba a ambas categorías, la CSJ ha indicado que los perjudicados son las víctimas indirectas del delito (Auto Interlocutorio de 6 de julio de 2011. Concepto y exigencias para el reconocimiento de víctimas), término que contrasta con el de víctimas directas.

En relación con esta clasificación, la Corte Constitucional ha señalado que, aunque, por lo general, el término de “víctima directa” se asocia al sujeto pasivo de la conducta punible o al titular del bien jurídico tutelado, el delito genera una afectación que trasciende dicho ámbito y, en consecuencia, genera perjuicios a otros sujetos de derecho (Corte Constitucional, 2007).

Así pues, en contraposición con la definición de víctima directa, las víctimas indirectas corresponderían a aquellos afectados por el delito que no son titulares del bien jurídico tutelado y respecto de los cuales es posible acreditar un daño individual o colectivo, cierto, real y concreto ocasionado por el delito, aunque no sea directo.

A diferencia de otros ámbitos de reparación, en materia penal la Corte Constitucional declaró inexecutable el apartado del artículo 132 de la Ley 906 de 2004 que señalaba que el daño

debía ser directo, puesto que, a su parecer, el carácter “directo” del daño hace referencia a un elemento de imputación y no a una condición de existencia del daño propiamente dicho, por cuanto limitaría significativamente el derecho de las víctimas a contar con un recurso judicial efectivo (Corte Constitucional, 2007).

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional coinciden en afirmar que, tanto a las víctimas como a los perjudicados por el delito, les asisten los mismos derechos y facultades en el marco del proceso penal, en aras de lograr la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Tales derechos de las víctimas –en un sentido amplio– comprenden los relativos a: (i) ser informadas y escuchadas en relación con la suerte de las investigaciones, la acción penal y la terminación anticipada del proceso; (ii) solicitar medidas orientadas a su protección y al amparo de sus derechos; (iii) ejercer facultades probatorias; (iv) ser escuchadas respecto de los términos de la acusación; y (v) participar en la audiencia de juicio oral (Corte Constitucional, 2018).

En ese orden de ideas, resulta claro que, en el ámbito penal, el concepto de víctima es entendido bajo una concepción amplia que no sólo cobija a los titulares del bien jurídico tutelado, sino a cualquier persona afectada por el delito, siempre y cuando se cumpla con el requisito de demostrar la existencia de un daño real, concreto y específico, tras lo cual, quien ostente tal calidad, podrá gozar de las facultades que la legislación y la jurisprudencia han reconocido a la víctima, incluida la de constituirse en parte civil.

El rol del Estado en procesos penales por delitos contra la administración pública

Si bien en el actual procedimiento penal se aco-ge una noción amplia de víctima que permite

la concurrencia de diversos intervinientes en tal calidad, lo cierto es que el legislador ha establecido algunas previsiones especiales aplicables a los procesos penales adelantados por delitos contra la administración pública.

Al respecto, el artículo 36 del Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995) establece que el deber de la persona jurídica de derecho público afectada de constituirse como parte civil en los procesos adelantados por delitos contra la administración pública. Aunque esta disposición es anterior a la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que no puede entenderse que tal obligación es aplicable únicamente a los procesos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, por cuanto se estaría confundiendo el mecanismo procesal previsto por la ley para el reconocimiento de los afectados del delito con los de víctima y perjudicado incorporados en la Ley 906 de 2004.

De ese modo, en los delitos contra la administración pública, la persona jurídica de derecho público afectada no sólo puede, sino que tiene el deber de concurrir como víctima en el proceso penal. Sin embargo, la CSJ también ha sido clara en afirmar que su intervención no es óbice para impedir que al proceso penal confluyan otros afectados por el delito (Corte Suprema de Justicia, 2015).

Esa posición ha sido asumida por la CSJ para que, a modo de ejemplo, pueda acudir como víctima, además de la persona jurídica de derecho público afectada, la Contraloría General de República.

Paralelamente, además de las personas de derecho público afectadas, el Estado también puede intervenir en el proceso penal por intermedio de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), quien de acuerdo con el artículo 610 del Código General del Proceso, puede actuar ante cualquier jurisdicción bien,

como apoderada de la entidad pública facultada o como interviniente en los procesos en los que una de las partes es un ente público o en los que resulte necesario defender los intereses patrimoniales del Estado.

En aquellos eventos en los que actúa como interviniente, la ANDJE tiene las mismas facultades atribuidas a la entidad o entidades públicas vinculadas. Así pues, en los términos del Código General del Proceso, la ANDJE podría actuar como (i) apoderada de las entidades públicas que sean reconocidas como víctimas en el proceso penal o (ii) como interviniente. En todo caso, en ambos supuestos, por expreso mandato legal, la ANDJE tendría las mismas facultades reconocidas a las víctimas, incluida la de solicitar la reparación por el daño causado con la conducta punible.

Ahora bien, otra entidad pública que juega un papel preponderante en el proceso penal es el Ministerio Público, quien, según lo previsto en los artículos 207 de la Constitución Política de 1991 y 109 de la Ley 906 de 2004, intervendrá en el proceso penal en calidad de “agente especial”, con el objeto de velar, entre otros, por la defensa del orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales.

Para tal fin, el legislador le asigna una función de representante de la sociedad en virtud de la cual puede solicitar, tanto la indemnización de los perjuicios ocasionados, como el restablecimiento y la restauración del derecho cuando se lesionan intereses colectivos, entre otros aspectos.

De cierto modo, la facultad en comento guarda correspondencia con el rol asignado al Ministerio Público en la Ley 600 de 2000, en la medida en que, al igual que el actor popular, también se encontraba autorizado para ejercer la acción civil cuando se tratara de la lesión directa a bienes jurídicos colectivos.

La designación del Ministerio Público como representante de la sociedad vetaría, en princi-

pio, la posibilidad de que cualquier particular se arrogara tal calidad en procesos penales adelantados por delitos contra la administración pública y, en consecuencia, sería el Ministerio Público el único facultado para solicitar la reparación del daño ocasionado a la sociedad con ocasión de delitos contra la administración pública.

Sin embargo, bajo un entendimiento de la sociedad como un ente abstracto, dicha restricción no necesariamente aplicaría a aquellos colectivos determinados o determinables que puedan acreditar la existencia de un daño cierto, real y específico derivado de la comisión de un delito contra la administración pública, evento en el cual podrían invocar su condición de víctimas y, en consecuencia, solicitar la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

En conclusión, los intervinientes pertenecientes al Estado que podrían participar en el proceso penal, con el fin de solicitar la reparación de los daños causados por la conducta punible son: (i) las personas jurídicas de derecho público afectadas en condición de víctimas, (ii) la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en condición de apoderada de la persona jurídica afectada o en condición de interviniente, y (iii) el Ministerio Público en condición de representante de la sociedad.

Contenido y alcance de la figura del actor popular en la Ley 906 de 2004

Con base en lo expuesto, es plausible afirmar que, si bien con la entrada en vigor de la Ley 906 de 2004 fue derogada la regulación del actor popular, esta figura continúa vigente en el ordenamiento jurídico colombiano y, por ende, se encuentra legitimada para intervenir en el proceso penal en aquellos eventos en los que la conducta punible genera una lesión directa a bienes jurídicos colectivos.

Si bien la Ley 906 de 2004 introdujo un nuevo mecanismo para el ejercicio de los derechos

de los afectados del delito, no eliminó los fundamentos que originan el deber de reparación. Por el contrario, estableció una noción mucho más amplia en la que el concepto de víctima incluye a cualquier persona natural o jurídica, individual o colectiva, que acredita la existencia de un daño cierto, real y concreto.

De esa manera, dentro del alcance del término víctima encaja la figura del actor popular. En otras palabras, el actor popular en el proceso penal establecido en la Ley 906 de 2004, debe ser entendido como una víctima, en razón a que comparte los elementos esenciales que permiten su caracterización como tal. Estos elementos son: (i) el padecimiento de una afectación generada por el delito, (ii) el deber de demostración de un daño cierto, real y concreto y (iii) la existencia de una finalidad constitucionalmente legítima que justifica su intervención.

Aunque hasta acá parecería clara la naturaleza del actor popular en el proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004, lo cierto es que a causa de la derogatoria de la Ley 600 de 2000, esta figura se encuentra en un contexto equiparable al existente antes de la entrada en vigor de dicha norma, puesto que no resulta tan sencillo definir quién puede ostentar tal condición.

En relación con este aspecto, se pueden distinguir dos puntos de vista según se adopte una interpretación restringida o amplia de la Ley 906 de 2004. En efecto, con base en una interpretación restrictiva de la norma, el actor popular estaría representado en el proceso penal por el Ministerio Público, en la medida en la que el legislador lo designó expresamente como representante de la sociedad.

Esta perspectiva coincide con la postura asumida por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-717/98, en la que manifestó que los intereses de la sociedad en procesos penales adelantados por delitos contra la administración pública se

encontraban representados por el Ministerio Público y, por tanto, la participación del actor popular era incompatible con la de aquél³.

Una interpretación en este sentido contradice los principios que rigen el Estado Social de Derecho y la finalidad perseguida por el legislador con la creación de la figura del actor popular. Adicionalmente, una limitación al actor popular o su sustitución por el Ministerio Público reafirma la captura de los derechos de los afectados del delito por parte del Estado cuando se trata de delitos contra la administración pública.

Por el contrario, bajo una interpretación amplia que atienda a la connotación que se ha dado a la víctima en el proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004, así como a la concepción del bien jurídico admisible en el ordenamiento jurídico, el titular del bien jurídico de la administración pública sería la sociedad y/o la colectividad en su conjunto y, por tanto, cualquier persona, natural o jurídica, estaría legitimada para intervenir en el proceso penal en condición de víctima, siempre y cuando se cumpla con los requisitos relativos a la acreditación del daño y a la existencia de una finalidad constitucionalmente legítima que justifique su intervención.

No obstante, tal como se indicó previamente, en el ordenamiento jurídico colombiano existe una tendencia a atribuir al Estado la titularidad del bien jurídico de la administración pública, en contraposición con los fundamentos sobre los cuales se cimenta la noción del bien jurídico en el Estado Social de Derecho: el ser humano y su dignidad.

En la práctica, la posibilidad de que el actor popular pueda ser representado por un ciudadano y, particularmente, en procesos penales adelantados por delitos contra la administración pública, puede parecer contraproducente, puesto que podría pensarse que la reparación pecuniaria de los particulares

derivaría en una afectación al patrimonio público que incrementaría la dimensión del daño generado por la corrupción.

Empero, esa visión desconoce abiertamente el derecho a la reparación integral de las víctimas al ignorar que sus pretensiones pueden estar orientadas a la satisfacción de otros derechos de contenido no patrimonial como los derechos a la verdad y a la justicia.

En suma, pese a que una interpretación restrictiva constituye una vía fácil para dejar a un lado los problemas teórico-prácticos que supone la participación del actor popular en procesos penales adelantados por delitos contra la administración pública, con base en los principios y postulados constitucionales sólo es admisible una interpretación que propenda por su participación aun cuando con ello se desafíe la posición preponderante del Estado y se genere la necesidad de establecer mecanismos que permitan armonizar los intereses de las diferentes partes interesadas.

Asimismo, el reconocimiento del actor popular como víctima en el marco del proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004 también genera serios cuestionamientos relativos al posible quebrantamiento de los principios característicos de un sistema penal con tendencia acusatoria, específicamente, del principio de igualdad de armas.

No obstante, no es posible concluir que la intervención del actor popular genere per se una vulneración del principio en mención, teniendo en cuenta que, al ser equiparado a una víctima, el actor popular ejercería sus derechos con el mismo alcance y en las mismas condiciones que, tanto el legislador como la jurisprudencia, han reconocido a las víctimas y, para lo cual, han considerado dicho principio como criterio de interpretación en aras de garantizar su salvaguarda.

Adicionalmente, el entendimiento del actor popular como una víctima, no obstruye la facultad del legislador para establecer una regulación que limite, en mayor medida, la intervención del actor popular en comparación con la de otras víctimas, atendiendo a las particularidades de su naturaleza y a las finalidades perseguidas por medio de su reconocimiento.

En lo referente a los riesgos asociados a un posible abuso del derecho por parte del actor popular, éstos también podrían ser controlados por el legislador a través del establecimiento de reglas que definan claramente la oportunidad, condiciones y alcance de su intervención. Sin embargo, ante la disyuntiva entre eliminar la fuente del riesgo o gestionarlo, se debe optar por aquella opción que permita garantizar la efectividad de los derechos de las víctimas, sin sacrificar los derechos y garantías del procesado.

La elaboración de una propuesta de regulación del actor popular en el marco de la Ley 906 de 2004 se trata de un asunto que requiere ser estudiado a profundidad. No obstante, una expectativa mínima consiste en la imposibilidad de que al actor popular le sean reconocidos derechos o facultades que superen aquellos que le asisten a las demás víctimas, puesto que con ello se quebrantaría el principio de igualdad. En todo caso, al ser considerado una víctima, es el legislador quien debe definir los términos de su intervención por expreso mandato constitucional, siempre y cuando respete los límites de su poder de configuración normativa.

Conclusiones

Con base en lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones respecto de la legitimación para exigir la reparación del daño causado por delitos contra la administración pública en el ordenamiento jurídico colombiano:

En la actualidad, es posible apreciar una monopolización del derecho a la reparación de los

daños causados por delitos contra la administración pública por parte del Estado, en la medida en que, tanto en el ámbito contencioso-administrativo, como en el penal, el legislador ha asignado formalmente al Estado y a sus instituciones la titularidad de los mecanismos jurídicos a través de los cuales es posible exigir el derecho a la reparación.

En correspondencia con los valores y principios que inspiran el Estado Social de Derecho, la administración pública es un bien jurídico de naturaleza colectiva e institucional, cuyo objeto de protección corresponde al correcto ejercicio de la función pública, entendida como el conjunto de actividades que el Estado desarrolla para la consecución de sus fines en el marco de los principios previstos en la Constitución Política. Respecto a su titularidad, al ser un bien jurídico colectivo, ésta recae sobre el grupo social o la colectividad, sin que sea posible atribuirla o delegarla de manera permanente e indefinida en el Estado o en sus instituciones.

El actor civil popular es una figura jurídica que continúa vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, debido a que, en primer lugar, su reconocimiento no se deriva de su denominación en un modelo procesal determinado, sino que responde al reconocimiento del grupo social como afectado por el delito. En segundo lugar, de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial que se ha hecho, tanto del actor civil popular como de la víctima, su contenido puede ser armonizado bajo una interpretación razonable, sin que sea posible afirmar la existencia de una incompatibilidad inexpugnable que permita aseverar que con la expedición de la Ley 906 de 2004 se produjo una derogatoria tácita del artículo 95 de la Ley 599 de 2000.

En lo atinente a la reparación del daño causado por los delitos contra la administración pública, con base en una interpretación restrictiva, los únicos legitimados para solicitar la reparación del daño en el proceso penal son: (i) la(s) persona(s) jurídica(s) de derecho público afectada(s),

(ii) la ANDJE y (iii) el Ministerio Público en condición de representante de la sociedad y en sustitución de la figura del actor popular prevista en el artículo 95 del Código Penal.

Por el contrario, a partir de una interpretación amplia de la Ley 906 de 2004 alineada con los valores y principios del Estado Social de Derecho, a dichas entidades se sumaría el actor civil popular en condición de víctima del delito, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos: (a) padecimiento de una afectación generada por el delito, (b) demostración de un daño cierto, real y concreto y (c) comprobación de una finalidad constitucionalmente legítima que justifique su intervención en búsqueda del derecho a la reparación.

En la práctica, el reconocimiento de los particulares como víctimas en el marco de procesos penales adelantados por delitos contra la administración pública supone un desafío que genera resistencia por parte del Estado y de sus instituciones. Sin embargo, una posible solución radica en la regulación expresa de esta figura en la Ley 906 de 2004, con el objetivo de fijar límites legítimos, razonables y proporcionales a su intervención, sin desconocer de manera absoluta el derecho a la reparación del grupo social, en condición de afectado por el delito.

Referencias

- Banco Mundial. (2020). Datos básicos: La lucha contra la corrupción. Banco Mundial. WDC. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/factsheet/2020/02/19/anticorruption-fact-sheet>
- Cerezo Mir, J. (1975). Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo 28, n. 2. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2013). Documento Conpes No. 167. Bogotá.

Chanjan, R. (2017). El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. *Derecho Penal y Criminología*, 38(104), 121-150.

Echevarría, M. (2019). Delitos de los funcionarios públicos. Análisis de los artículos del Código Penal Español que integran el Título XIX. Delitos contra la Administración Pública. Madrid: Dykinson S.L.

Fiscalía General de la Nación & Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2018). *Tipologías de Corrupción en Colombia. Fiscales Unidos por la Transparencia y la Integridad. Peculados*. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Tomo-II.pdf>

Hefendehl, R. (2001). ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Universidad de Murcia*, 19(149).

López, E. (2008). *Iniciación al Derecho*. Delta Publicaciones. Primera Edición.

Transparencia Internacional. (2022). *The global coalition against corruption*. Disponible en: <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>

Jurisprudencia

Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-658/97. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (1998a). Sentencia C-563/98. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1998b). Sentencia SU-717/98. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-205/03. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2005). Sentencia T-589/05.

M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2007). Sentencia C-516/07. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2012a). Sentencia C-365/12. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (2012b). Sentencia C-944/12. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-434/13. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. (2018). Sentencia C-031/18. M.P. Diana Fajardo Rivera.

Corte Suprema de Justicia. (1999). Sentencia 13922 de 29 de mayo de 1999, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Corte Suprema de Justicia. (2011). Auto Interlocutorio de 6 de julio de 2011.

Corte Suprema de Justicia. (2014). Sentencia SP16794-2014. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia. (2015). Sentencia AP1157-2015. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Notas

¹ “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (art. 2341 Código Civil).

² Actual medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo.

³ Tal como se explicó con detalle anteriormente, con la expedición de la Ley 600 de 2000, esta interpretación perdió fuerza al asignar la condición de actor popular directamente a los ciudadanos.